# MEMORIA A FAVORE DELLA SIGNORA MADDALENA BERTALA NEI...

Corte d'Appello






419-36

# CORTE D'APPELLO DI LUCCA

## MEMORIA

A FAVORE DELLA SIGNORA

MADDALENA BERTALÀ NEI BARSANTI

CONTRO

IL SIG. VINCENZO CARMINATI E LL. CC.







LUCCA TIP. TORCIGLIANI 1866

ILLUSTRISSIMI SIGNORI

# COMMEND. PRIMO PRESIDENTE

## E CONSIGLIERI

Angelo Barsanti negoziante in Pietrasanta precedentemente al suo matrimonio con l' appellante Maddalena Bertalà e cioè nel 1852 mancava avventuratamente ai suoi impegni commerciali, e per ciò si dichiarava il fallimento di lui.

Angelo Barsanti possedeva a quell' epoca oggetti mobili, attrezzi di negozio, ed alcuni affetti immobili; tutto passò a formar parte dell' attivo della sua ragione fallita, e poichè aveva anche alcuni creditori ipotecari iscritti sopra i suoi

Digitized by Google

immobili, oltre al giudizio di fallimento fu altresì intrapresa contro di lui la esecuzione immobiliare con relativo giudizio esecutivo, che terminava coll' aggiudicazione dei suoi beni a favore del Carminati ano fra gl' iscritti creditori suoi. Si apriva in conseguenza il giudizio di graduatoria nel quale concorrevano anche come creditori privilegiati l' Eccmo. sig. Dott. Tommaso Paoli come procuratore del giudizio di fallimento, ed il sig. Giuseppe Mattoli negoziante di Livorno, nella sua qualità di agente del fallimento suddetto: ambidue ottenevano eventuale collocazione in quella sentenza graduatoria, ed il primo, cioè il sig. Dott. Paoli, veniva collocato al N. 5 onde potesse conseguire pagamento e rimborso delle spese da esso fatte ed occorse per la procedura del fallimento dell' espropriato Barsanti in quella somma che fosse tassata dal giudice commissario; il secondo, cioè

Digitized by Google

il sig. Minoli veniva collocato sotto N. 6 onde potesse conseguire pagamento delle spese da esso incontrate nell' agenzia del fallimento suddetto, liquidate di già, in L. 800 Toscane pari a It. L. 672, 00.

Questa collocazione ( Paoli e Minoli ) era subordinata alla condizione, che i collocati non avrebbero potuto esercitare il privilegio, se non quando avessero giustificato di non essere in tutto od in parte pagati coi beni ed effetti mobili del fallito; e dichiarava inoltre che facendosi luogo al pagamento in tutto o in parte di questi crediti eventuali, gli ulteriormente collocati in quella graduatoria dovessero sopportare ciascuno per la rata proporzionale del proprio credito la diminuzione che si verificasse necessaria, a rimborsare le spese privilegiate di cui sopra.

Il giudizio di fallimento di Angelo Barsanti ebbe termine con un progetto di

concordato accettato da alcuni soltanto de' suoi creditori in data 17 Aprile 1863 omologato con successivo Decreto del cessato Tribunale di Prima Istanza di Lucca il giorno 28 di detto mese. Con qual progetto sostanzialmente le appresso cose si stabilivano.

Il Barsanti si obbligava pagare ai creditori verificati il 6 per 100 entro trenta giorni dalla omologazione.

Prometteva e si obbligava pagare al Dott. Paoli ed al Minoli a saldo delle spese loro dovute per gli atti dal fallimento in stralcio e transazione la somma di Ital. L. 3000, 00 entro un anno dalla omalogazione senza frutti e senza detrazione di acconti.

I creditori presenti al seguito dell' omologazione del concordato, rinunziavano ad ogni maggior diritto loro presso il fallito dipendente dalla verifica dei loro crediti.

E siccome i creditori vollero per ciò

essere garantiti, quindi l' appellante Maddalena Barsanti per far cosa grata al marito, e porlo in grado di sistemare definitivamente i suoi interessi, accedè alle obbligazioni come sopra contratta dal detto di lei marito promettendo come principalmente obbligata, ed in solidum collo stesso di lei marito, di dare esecuzione ai patti come sopra convenuti pagando *del proprio* nei suindicati termini tanto il 6 per cento ai creditori, quanto la somma di L. 3000, 00 ai signori Paoli e Minoli.

E qui è notevole che al seguito di questa obbligazione assunta in proprio dalla Bertalà ne' Barsanti, il Paoli ed il Minoli » cedono con quell' atto nella più ampla e » valida forma alla Barsanti, *tutte le loro* » *azioni ragioni e privilegj* pel credito del- » le spese relative al fallimento, in quella » somma che si verificherà al seguito di » competente liquidazione, onde l' effetto

» di tal cessione sia quello che detta signo-
» ra Maddalena Barsanti *posso ottenere*
» *rimborso di tali spese sul patrimonio mo-*
» *biliare ed immobiliare del fallito in luo-*
» *go e vece dei cedenti, e contro chiunque*
» *di ragione.*

Chiude finalmente il concordato suddetto la dichiarazione delle parti da cui resulta, che della cessione di ragione di cui sopra non debba la signora Barsanti valersi contro i creditori, che sottoscrivevano quel concordato.

Adempiva puntualmente alle sue obligazioni di mallevadrice l' appellante Bertalà e pagava il reparto promesso ai creditori segnatari della Concordia entro i trenta giorni, e pagava al Dott. Paoli e Minoli la somma pattuita alle debite scadenze, e poichè ad essa era riservato il regresso contro i veri debitori delle somme, al Paoli ed al Minoli dovute per le funzioni e spese privilegiate di fallimento, così con-

venuti in giudizio i creditori utilmente collocati nella graduatoria Barsanti, chiedeva che fossero condannati a pagare in contributo fra loro l'ammontare di queste spese e funzioni, in esecuzione della sentenza graduatoria che eventualmente, e subordinatamente a questa condizione avevagli collocati.

Sentì l'appellante, attrice nel giudizio appellato, il bisogno di fare appurare il reparto fra i collocati, e chiese si nominasse un perito ragioniere per le operazioni opportune; ed il cessato Tribunale di Prima istanza con relativo Decreto ordinò al Perito sig. Claudio Magni di procedere al reparto io contributo fra i creditori utilmente collocati nella graduatoria Barsanti ed a forma della medesima, della somma di Italiane L. 2550 spese tassate a favore del Dott. Paoli con ordinanza del Giudice Commissario 13 febbrajo 1864 delle quali spese, si dice in detto decreto, è oggi

cessionaria la suddetta Bartalà, come pure di repartire il credito Minoli esso pure ceduto a detta Bertalà nei Barsanti. Ingiungevasi inoltre col succitato Decreto al Perito, di esaminare il processo di fallimento del suddetto Angelo Barsanti e riferire sulla consistenza od esaurimento degl'effetti ed assegnamenti mobili del fallimento stesso, in relazione alla condizione aggiunta nella surricordata sentenza graduatoria; non che sopra i termini e le condizioni proposte dal fallito colla concordia accettata dai suddetti creditori.

Operava il perito Magni, e con sua relazione, che non è qui opportuno esaminare, e vedere se agl' incarichi affidatigli nettamente e senza eccesso corrispondesse, effettivamente repartiva fra gl'appellati il respettivo ammontare delle tangenti occorrende a soddisfare le somme al Paoli ed al Minoli dovute, e per l'effetto della cessione, all' appellante da corrispondersi.

Però si dice in questo rapporto, che all' epoca della dichiarazione di fallimento esisteva in bonis della ragion fallita un valore di merci e crediti per It. L. 1068, 53. l'ammontare di crediti da esigere in Ital. L. 1268, 91. e le pigioni che, si dice, dovevano fruttare un corpo di case di proprietà del fallito dal 1852 al 13 giugno 1854 epoca in cui le case stesse furono aggiudicate al Carminati; ma, per una antitesi singolare rimpetto al fatto, si dice altresì, che il sindaco aveva più volte dichiarato che gli assegnamenti del fallito erano quasi tutti esauriti nelle ingenti spese cui aveva dato luogo la lunga procedura del fallimento.

Ciò posto, ecco ora come le parti venivano in progresso sviluppando le loro ragioni.

Disse la Bertalà, dopo questo rapporto, che a perimere il suo diritto non bastavano le osservazioni del Ragioniere perocchè, quanto ai mobili fra la cifra

relativa, una cifra di approssimazione, non certamente quella che se ne poteva ritrarre all' epoca della cessione e vendita, perchè cose che coll' uso e col tempo deperiscono; disse quanto ai crediti, non potersi considerare che di poca o di nessuna speranza, e che, si gl' uni come gl' altri, ed il ricavato delle pigioni ancora, in quanto una qualche cosa si fosse da ciò conseguito, era ben naturale si presumese, che tutto fosse occorso al mantenimento necessario del fallito e sua famiglia nel lungo periodo del fallimento; in ogni modo essere ciò fatto, nifare da terminarsi e vedersi nel resoconto finale del sindaco circa la gestione del fallimento, resoconto che, siccome questa partita non conteneva, ed anzi accennava all' opposto, così non era da ritenersi che queste partite esistessero.

Cosicchè per questa guisa rimaneva la questione nei suoi primi termini, e cioè

che la condizione per cui aveva avuto luogo eventualmente la collocazione del Paoli e Minoli non si era appurata, ed il credito loro doveva essere soddisfatto, secondo il prescritto della sentenza graduatoria, coll' unica differenza che, in vece di pagarsi agl' originarj creditori, si doveva pagare alla Bertalà cessionaria dei Paoli e Minoli suddetti.

Ma se la cosa sembrava facile e piana alla Bertalà, così non la pensavano i creditori collocati in graduatoria, nè così la pensavano i Giudici che pronunziarono la sentenza appellata.

Due differenti eccezioni si mossero contro la domanda della Bertalà; e, (fatalità degli umani giudizj!) Essa che credeva di essere creditrice ad un tratto vede avvenire una metamorfosi più fatale per lei della trasfigurazione di Tiresia !..... Essa si scoprirà debitrice, perchè, il Carminati reconvenzionalmente le richiede la somma

di It. L. 1130, 15 ammontare del reparto 6 per 100 dal fallito Barsanti promesso ai suoi creditori, e dalla Bertalà garantito! .... ma di ciò a suo tempo; stiamo per il momento all' eccezioni principali sulla domanda Bertalà.

Dissero i convenuti, nel giudizio di prima istanza, meritevole di rejezione la domanda dell' attrice perchè, essendo l' attrice intervenuta al concordato giudiziale per garantire l' obbligazioni tutte che il marito si era assunte, ne conseguiva che, avendo il marito stesso promesso pagare il Paoli ed il Minoli, questo suo debito, diveniva un debito anche per la mallevadrice, senz' altra rivalsa all' infiori del debitore principale.

Dissero egualmente, che nè Paoli nè Minoli avrebbero potuto ottenere pagamento dai creditori collocati, perchè non era conclusa la prova dell' esaurimento degl' effetti mobili, condizione imposta dalla sentenza

graduatoria, mentre anzi dalla relazione del Ragioniere si desumeva un criterio contrario.

Disse finalmente il solo convenuto Carminati, facendosi in reconvenzione attore in giudizio, che non solo esso non doveva essere condannato a pagare il dimandato reparto, ma che a lui, l' attrice Bertalè per l' effetto della sua mallevadoria promessa nel concordato giudiziale a riguardo del marito suo, ed a favore dei creditori, doveva a lui Carminati stesso, creditore verificato d' Angelo Barsanti, corrispondere e pagare il reparto 6 per cento promesso alla massa dei creditori della ragione fallita.

Su questo stato di fatti, e su questo resultamento d' atti e di procedure, sorse l' appellata Sentenza a fare diritto nel modo che appresso

Pose e stabilì in fatto coi primi suoi considerandi, lo stato della questione ritenendo il fatto della collocazione Paoli e

Minoli nella sentenza graduatoria, il fatto del concordato giudiziale con offerta della mallevadoria della Bortalà, il fatto della cessione delle azioni per parte del Paoli e del Minoli; » il fatto, che nell'attivo del » patrimonio esistevano beni mobili fra » crediti ed altre cose, per un valore di » Toscane L. 2782 13. 4. pari a Italiane » L. 2337, 53. Che di questa sostanza mo- » biliare *una parte almeno* esisteva tutto- » ra nell'attivo del detto fallimento al- » l'epoca del concordato — Che median- » te il concordato il fallito Barsanti colla » libera amministrazione delle proprie so- » stanze, recuperava anche questi asse- » gnamenti mobili che dovevano essere » erogati a profitto dei suoi creditori.

Dopo ciò, per rapporto alla questione principale sentenziava in diritto —

Essere sussidiario il privilegio sugl'immobili per le spese di fallimento, dovere queste pagarsi sui mobili, non potero il

creditore pretendere di ricercarle sugl' immobili, tuttavolta abbia concordato ricevarle dal fallito, o disprezzato di eseguire i mobili, od anche lasciato disperderli, principio che, addiviene evidente al riflesso, dice la sentenza appellata, che ove così non fosse, sarebbe peggiore la situazione degl' ipotecarj, che non quella dei chirografarj; e la garanzia dell' ipoteca diventerebbe elusoria.

Essere questi principj spendibili anche di fronte al mallevadore, perchè, tuttavolta esso nel nome del debitore paga per lui qual mallevadore i suoi debiti, assume la veste di gestore di negozi, ed i pagamenti che fa, si presumono fatti coi denari del debitore stesso

E per rapporto alla questione accessoria, o domanda reconvenzionale proposta dal Carminati, disse, essere inconcusso il principio giurisprudenziale, che il concordato omologato dal Tribunale gio-

va a tutti i creditori del fallito, che il mallevadore assume tutti gli obblighi del fallito stesso, e che quindi deve pagare i dividendi promessi ai creditori, sia che concorressero a quella concordia, sia che se ne fossero astenuti.

Appellava la Bertalà da questa sentenza svolgendo nel relativo atto d' appello i motivi d'ingiustizia, che creda influenzino la sentenza appellata.

Ed è qui, che cade io acconcio sviluppare e dilucidare i motivi stessi, ed il merito dell' appello attuale.

Due questioni pertanto si presentano nell' affare attuale, alla meditazione della Corte d'appello per rapporto al principale obietto della causa, o vuolsi dire per rapporto alla domanda dell' appellante Bertalà; una è di fatto ed insieme di prova.

L' altra è di diritto e di principj.

Una sola quistione, ed esclusivamente

di diritto si presenta, per rapporto al secondo obietto della causa, o vuolsi dire per rapporto alla domanda reconvenzionale proposta dall' appellato sig. Carminati.

Tali questioni si riassumono in queste semplicissime formule.

1. È provato che esistano *in bonis* della ragione fallita tanti effetti mobili, quanti bastino a pagare il reparto ai creditori, ed anche ciò disprezzato, i crediti privilegiati Paoli e Minoli? o veramente esiste in atti, prova in contrario?

2. Il mallevadore che presta solidale garanzia con un tal debitore, di fronte singolarmente a qualchè creditore, dal quale nell' atto stesso della sua garanzia e cauto di riportare la cessione delle sue ragioni esperibili contro chiunque obbligato, assume gli obblighi della fidejussione qual mandatario o gestore di negozi del debitore incondizionatamente,

o non piuttosto fà tale riserva di diritto, che mentre fà sorgere rapporti obbligatorj fra mallevadore e garantito, lascia poi inalterata la posizione di diritto preesistente fra garantito ed altri, verso il garantito stesso obbligati?

3. Gli effetti della fidejussione, sono da invocarsi anche da quelli, verso dei quali espressamente non sarebbe stata emessa? Ecco le questioni che interessano la causa attuale; noi le abbiamo ora accennate, diremo su questo quel poco che ce ne permette la tenuità della nostra mente.

Non ignoriamo anche noi che subentrando il cessionario di ragione nei diritti del cedente assuma ad un tempo anche tutte le di lui obbligazioni, e che quindi tutte l' eccezioni che sono contro il cedente deducibili si possono del pari contro il cessionario dedurre, ed è per questo che accettiamo già d' ora questo postulato della sentenza appellata a base delle nostre os-

servazioni sulla prima questione di fatto.

Diciamo anche noi, che qualora fosse provato che in *bonis* della ragione fallita esistessero tanti effetti mobili il cui valore avesse bastato a compensare non già, il promesso riparto 6 0/0 ai creditori del fallito, che dovrebbero trovar pagamento dopo i crediti privilegiati, ma le spese del fallimento, l' assunto dell' appellante Bertalà e quindi l' obbiettivo della sua domanda, sarebbe un assunto inane, non fallacia della mente il sostenerlo; ma noi diciamo, che questo fatto, dalla esistenza in *bonis* della ragione fallita, di tanti effetti attivi da compensare i crediti privilegiati, non che non provato, é anzi escluso dagl' atti; quindi tutte le teorie spese dall' appellata Sentenza divengono un fuor d' uopo in questo proposito, la questione é meramente di fatto, ed interessante é il conoscersi, se esista la prova, a chi doveva in ogni caso fornirla; anzi vogliamo dire

anche di più; queste teorie sono un fuor d' uopo, perchè quando fosse men vero o mano certo il principio di diritto in proposito, ma il fatto non sarebbe più discutibile dopo che la collocazione Paoli e Minoli nella sentenza graduatoria, ora allegata alla condizione del frustrato pagamento dei creditori loro col ricavato dai crediti ed effetti mobili della ragione fallita.

Tornando adunque al nostro proposito, diremo ora che non è provato, e se si volesse sostenere far carico a noi l' onere della prova, soggiungiamo essere anzi escluso dagl' atti, che esistessero nella ragione fallita effetti ed assegnamenti con cui pagarsi le spese privilegiate; questa prova è congetturale o d'induzione, e quello che più rileva è di fatto e documentale.

È congetturale ed induttiva, inquanto che sia ben facile il supporre come piccoli crediti, pigioni o credenze, o vanno perduti

nella confesione d' un fallimento, o se in qualche parte dal fallito si realizzano, si convertono nella indispensabile necessità del suo mantenimento; è facile del pari il supporre, come anche gli effetti mobili si disperdano o si deprezzano coll' uso, onde in vano si possa pretendere andare appresso al loro valore, dopo una serie d' anni ma sia che vuolsi di ciò stando ai fatti, noi abbiamo la prova documentale, che di questi assegnamenti più all' epoca del concordato e quindi al termine del fallimento v' era traccia alcuna, o se v' era, esistevano in sì meschina proporzione che non valeva considerarsi.

Primieramente v' è la dichiarazione del sindaco che nella sua qualità di procuratore dei creditori del fallito, dichiara quasi tutto assorbito dalle spese di fallimento, mentre tuttavia esistevano le spese giudiciali relative al fallimento stesso.

In secondo luogo, v' è la dichiarazione

della Sentenza appellata, che non potendo disconoscere la logica dei fatti dice che di questi effetti una parte almeno, quindi non tutti, esistevano in *bonis* della fallita.

In terzo luogo, e questo è documento irrecusabile, v'è il rapporto del Ragioniere.

Fermiamoci a questo documento, ed analizziamolo un poco; fra merci e mobili, il Bragioniere appura un attivo di Ital. L. 1068, 53. In crediti da esigere appura un attivo di Ital. L. 1268, 91, in tutto Ital. L. 2336, 44.

Cosa potevano costare i mobili all'epoca del concordato? se il Ragioniere avesse voluto corrispondere esattamente con quella sagacità, ed incontrastabile abilità che l'é propria alla missione che spontaneo si assunse, avrebbe dovuto dire, che a nulla od a poco si riduceva, ma ritengasi pure che due terzi valessero i mobili stessi; ri-

tengasi pure che identicamente valessero la somma calcolata a quell' epoca; che avremmo noi mai? un attivo di Italiane L.^e 1068, 53: nulla si possono calcolare i crediti, perchè essi se fossero stati esigibili solo si potevano risquotere dal sindaco, ed esso diceva non aver nulla da render conto: nulla le pigioni per la medesima ragione, dunque! dunque a tutto concedere il credito delle L. 3322 Paoli e Minoli oggi della Bertalà, come privilegiato e pagabile con preferenza sugl' altri creditori che accettavano il 6 per 100 trovava di che compensarsi colle Ital. L. 1068, 53, ora se questo è, ma buon Dio, la questione di fatto è risoluta, il Paoli ed il Minoli se la Bertalà non gli avesse pagati del proprio come fece, perchè difettavano gl' assegnamenti della fallita, avrebbero avuto regresso sui creditori collocati in graduatoria, e quindi sugl' appellati per otto, er pagamento della resi-

dual somma di Ital. L. 2253. 47? oh! certamente che sì. Dunque se lo potevano Paoli e Minoli, se non v' è altro ostacolo, come vedremo, che lo impedisca in diritto, lo può la cessionaria loro *ex juribus* dei cedenti. Quindi le teorie accampate dalla sentenza appellata non sono al caso congruamente applicabili, per il notissimo princip o che *ex facto oritur jus*, e siccome il fatto alla teorie non s' attaglia, così nè consegue che nè le teorie di diritto si possono spendere.

Un primo errore di giudizio accoglieva dunque l' appellata sentenza, quando facendo plauso per l' accennata ragione di fatto, all' eccezioni dei convenuti, rigettava la domanda dell' attrice. Questo errore emana dall' essersi messa in contradizione con se stessa, perocchè anche tutto concedendo, conveniva ritenere, ed Essa ritenne, che gli assegnamenti ritrovati, ascendevano *pro omni et toto* a L. 2336, 44. mentre i

crediti privilegiati, ascendevano a Ital. L. 3322, 00, che degl' assegnamenti suddetti ca'colati in L. 2336, 44 *una parte almeno*, sooo parole della sentenza, *esistevano in bonis della fallita*, ma dunque in ogni peggiore ipotesi v' era sempre un reliquato per la Bertala che rimaneva scoperto, ma dunque in ogni evento i creditori collocati d' una qualché cosa, e non tanto indifferente, dovevano pure sempre in contributo corrispondere, quando pure come numerario effettivo si fosse potuto valutare ciò, che in sostanza non era che una illusione ottica del Ragioniere. Pure ciò non fù valutato, e la povera Bertalà fu succumbente nel primo giudizio! Ma di ciò a sufficienza dicemmo, e forse più che a sufficienza trattandosi di una questione di fatto.

Vediamo ora se per avventura siano spoodibili, per sostenersi la sentenza appellata, gl' altri principj accolti dalla sco-

Digitized by Google

tenza stessa, imprendendo così la risoluzione della questione di diritto formulata nell' obietto secondo di questo scritto.

La Bertalà nell' atto di concordato stipulato fra Barsanti e creditori suoi, accedè alla obbligazione principale del Barsanti e con lui, e per lui promise pagamento del convenuto reparto, e delle spese dovute a Paoli e Minoli, riportando però utile cessione di ragioni dai creditori *nunc pro tunc* esperibili contro chiunque di ragione. Qual convenzione per il diritto vigente in allora poneva in essere la Bertalà? E prima di tutto fu valida la sua convenzione? Essa quantunque donna, e donna maritata, perchè mercantessa pubblica, si appiglierebbe a disperato consiglio se, intendesse rifugiarsi all' ombra del *senatus consulto Vellejano* che dà diritto di respingere l' azione dei creditori o la *conditio indebiti*, e l' *actio rescissoria* all' originario creditore contro il de-

bitore. No, no; essa validamente potè obbligarsi, ed essa altro scampo di fronte ai garantiti non ebbe nè poteva avere, che quello di pagare ciò, che verso di loro aveva promesso, e pagò. Ma, qual convenzione adunque pose in essere costei? non vera e propria convenzione di *garanzia*, come che, diretta a prestar sicurezza ai creditori del Barsanti per il puntual pagamento dei loro crediti. In una parola, pose in essere e stipulò la vera e propria *intercessione* al debito altrui, siccome con precisione di linguaggio scientificamente s' appella la garanzia.

Non è però di fronte agl' originarj creditori garantiti dalla Bertalà che qui si assume la disputa, essa verte unicamente fra intercedente ed altri che non sono i creditori garantiti, ma che pure, intendono profittare dei benefizi che per lo effetto del pagamento di costei, ne verrebbe a ridondare anche a loro, in quanto

si credono liberati dal pagamento che incontrastabilmente avrebbero dovuto fare agl' originarj creditori del Barsanti, se la Bertalà non gli avesse pagati; A sostenere l' assunto di questi terzi che si pretendono liberati, si spendono massime che a vero dire nella tenuità nostra, ne sembrano se non azzardate per lo meno ardite, ed eccezionabili; si dice in vero, che il mallevadore che paga per il debitore assume la veste di mandatario o di gestor di negozi e quindi si considera come il debitore principale: che il pagamento fatto da lui in questa posizione di diritto si considera come fatto coi danari del debitore originario· che quindi tutte l' eccezioni che si farebbero dai terzi contro il debitore principale, sono spendibili e deducibili anche contro il garante.

Il principio se vero fosse, sarebbe ben fatale per la Bertalà, ben profittevole per i terzi, e se nella sua latitudine fosse da

accogliersi mai, troppa jattura ne verrebbe ai diritti dei garanti in generale.

Fortuna per la Bertala, che le disposizioni del diritto, e la massime della giurisprudenza, crediamo non siano per lei tanto fatali, come le farebbe la sentenza appellata; di vero la promessa d' intercessione, o garanzia o fidejussione come più aggrada chiamarsi, si fà in duplice modo, o liberandosi totalmente il debitore originario, il che propriamente si opera mediante la *espromissione*, o restando l' intercedente coobbligato col debitore originario

Il primo modo di obbligazione, fà sorgere l' azione *istitutoria*, e crea veramente rapporti obbligatorj verso i terzi con cui l' aspromissore non siasi direttamente obbligato perchè, l' istitore che s' obbliga per il *dominus taberne sive negotiationis* agisce, o si presume che agisca nella sua qualità di gestor di negozj, e come procuratore del principale obbligato. Vedasi Istit.

Lib. 6. Tit. 7. ff lib. 14. Tit. 3. De Institutoria actione — Cod. Lib. 4. Tit. 25 — De exercitoria et institutoria actione, e passim gli scrittori e commentatori a queste Leggi.

Ma nel secondo caso, l' intercedente si obbliga bensì verso coloro con cui abbia stipulato come il principal debitore, solidalmente o sussidiariamente secondo il modo di sua obbligazione, ma non s' obbliga davvero di fronte ai terzi, che non abbiano seco lui contrattato, sia pure, che si trovino nella identica posizione di fatto nella quale si trovava colui verso del quale l' intercedente ha promesso.

Subentra in questo caso un' altro principio; il principio, che nelle stipulazioni si deve sempre e poi sempre, stare a quello che siasi promesso, non estendere gl' effetti d' una obbligazione al di là di quello che promesso si sia. Leg. stipulationibus ff De Reg. Juris; ed essendo la promessa di garanzia un contratto di stretto gius deve

interpetrarsi rigorosamente, nè estendersi al di là di quello ne sia la naturale portata. Leg. quiquid adstr ngendæ 99. ff De Verborum obligatione (45. 1.) Leg. 6. Cod de Fidejussoribus (8. 40)

Applicando ora i discorsi principj, che come vedesi sono testuali ed indubitati, vediamone le conseguenze che ne discendono; la Bertalà si obbligava esplicitamente e chiaramente di fronte a Paoli ed a Minoli, di pagare le somme che loro erano dovute principalmente dal Barsanti, che tornando al commercio riacquistava la libera disposizione delle cose sue; ma Paoli e Minoli oltre aver diritto di escutere il Barsanti in caso di non pagamento, avevano altresì diritto d' escutere gli effetti del Barsanti passati presso terze persone e forma della sentenza graduatoria, questo diritto non era in loro pregiudicato, accettano la mallevadoria della Bertalà e contemporaneamento gli cedono questo loro diritto, dunque qui

la Bertalà, non è a considerarsi come la mandataria del Barsanti, essa non ha rinunziato ai vantaggi nascenti dal Benefizio *Cedendarum actionum* che è *de jure* in tutti i contratti di garanzia, non posti io essere colla latitudine della espromissione, o garanzia con effetto di liberazione dell' originario debitore.

Qui siamo in un caso bene esplicito e chiaro, le parti troppo apoditticamente hanno parlato per lambiccarci nelle incertezze della interpetrazione di volontà. La Bertalà ha voluto che il pagamento al Paoli ed al Minoli, cui altronde giammai poteva difettare per la rivalsa che avevano sui creditori collocati in graduatoria, non difettasse, e non mancasse in quel preciso termine, in che il Barsanti aveva promesso effettuarlo; ma dato il caso che Barsanti non lo avesso effettuato, e che essa per lui, come solidale mallevadrice avesse dovuto pagare, essa voleva che a se passassero *hinc inde* i diritti

le azioni ipoteche e privilegj, che avevano i cedenti Paoli e Minoli, per rivalersene contro chiunquo di ragione obbligato.

Or dopo questo, come mai dagl' appellati si può insistere sullo loro eccezioni, ed insistervi appoggiandosi all' atto di concordato, ove la mallevadoria della Bertalà con questo salutare riservo stà scritto? ma, se è l' atto stesso cho invocano, quello che distrugge lo loro teorie o lo teorie dolla sentenza appellata, la Bertalà ha pagato, ma può valersi por il concordato doi diritti cho avevano i cedenti, ora finchè si cimenta la prova, per concludere cha l' originario debitore ha pagato del proprio, cha se la cessionaria pagò, lo feco coi denari del debitore, e si tenta con ciò respingere l' azione della cessionaria, *bene quidem*, utile scopo s'intenta dagl' obbligati verso Paoli e Minoli, e per essi verso la Bertalà; ma quando in presenza al riservo sì eloquente della Bertalà noll' at-

to di assumere la malleveria, di voler conservati i diritti contro i terzi, verso cui non obbligavasi, si presume spendere principj e teorie, che non hanno il loro fondamento nel fatto, ed anzi sono una negazione del fatto, oh davvero, che ci sembra tale inane conato, che non dubitiamo, sia dalla giustizia della Corte d'Appello riparato e corretto.

Noi abbiamo rovistato la giurisprudenza dei tribunali nostri, per vedere se per avventura nel sostenere questo assunto, si fosse nell' errore e nella illusione, e davvero che non abbiamo trovato traccia di decisione, che ci ammaestri d' insegnamento contrario ai principj di sopra accennati; anzi abbiamo trovato una decisione della Corte Suprema di Cassazione che sebbene, non in termini terminanti al caso che ci occupa, pure, conferma il principio che signoreggia la questione che trattiamo. Questa decisione è riportata negl' annali anno 10.

parte 1. col. 174.

Il fatto con quella sentenza deciso si riassume, e consiste nella opposizione che si faceva a certi creditori, cessionarj di ragione per parte d'una donna, che avevali *per compulsum* astretti al pagamento della sua dote perchè acquirenti del fondo su cui vegliava la relativa ipoteca, fondo che poi sarebbe stato retroceduto agl' espropriati originarj con accollo del credito dotale; si diceva, che l'accollo non operando la liberazione del debitore originario, non permetteva al cessionario di potere utilmente spendere le ragioni, che dalla creditrice gli fossero cedute, inquantochè egli non aveva pagando, altro fatto, che soddisfare il debito suo.

Queste ragioni venivano secondate dalla sentenza della Corte Regia di Firenze nella sua decisione del 18 gennajo 1847 Annali: Anno 9. Parte 2. col. 80. con cui dichiaravasi che avendo l' accollatajo pagato alla cedente un debito proprio rima-

sero estinte le ragioni del credito, e comunque esso riportasse una cessione traslativa dalla creditrice dimessa, veniva la cessione stessa a risolversi in una semplice quietanza e liberazione — denunziata però questa sentenza alla censura della Corte regolatrice, Essa colla Decisione surrammentata ebbe in massima a stabilire, Che, la cessione delle ragioni riportata dal creditore dimesso, riveste i caratteri di quietanza o liberazione estintiva, allora soltanto, che colui che paga, soddisfa il debito proprio, ed al quale è tenuto egli solo, non quando ha interesse e diritto di ottenere da altri rivalsa o indennità — e quindi cassava la sentenza suddetta.

Anche per l' oracolo di questa sentenza adunque si conferma quello che noi accennavamo, e cioè, che altri sono i rapporti fra cedente e garante, altri i rapporti fra garante e debitori ceduti; essi giammai sono liberati dall' effetto della rivalsa

Google

tranne che, se il garante corrisponda e paghi il debito proprio, o se il garante al diritto di rivalsa abbia espressamente renunziato; or noi non troviamo nè l' una, nè l' altra cosa fatta dalla Bertalà nel caso che ci occupa, anzi troviamo fatto l' opposto, perchè essa riporta la cessione delle azioni dai creditori dimessi, e le conserva e le deduce; dunque stà fermo il concetto nostro; la Bertalà ha diritto, come lo avevano Paoli e Minoli, di essere rilevata e pagata di quanto, come mallevadrice, non come debitrice, nè coll' obbligo del mandatario ha pagato.

Questo principio ci sembra sì chiaro ed indubitato, che dopo la grave autorità della Cassazione di sopra riportata, volentieri rinunziamo a portare in campo puntuali autorità di scrittori alla materia; che se vaghezza ce ne prendessa non avremmo che ad aprire gl' istitutisti ed i trattatisti per trovare messe abbondante, ma

inutile, per la dottrina o sapienza onde và culta la Corte alla quale questo modesto scritto è il retto.

Noi quindi ben volentieri passiamo alla risoluzione della terza questione che è preordinata a combattere la domanda riconvenzionale del Carminati, e che in conseguenza, vuole si appuri se, gli effetti della fidejussione sono da invocarsi anche da quelli, verso dei quali espressamente non sarebbe stata emessa.

La risoluzione di questa questione necessariamente trae seco, anzi presuppone la risoluzione d' un precedente obietto; e di vero noi qui siamo in un tema complesso, siamo nel tema di una mallevadrice che interviene in un concordato giudiciale, che si stipula fra debitore fallito, ed i creditori ammessi al suo fallimento, e v' interviene, vallando l' obbligazione del fallito colla sua mallevadoria solidale; occorre quindi vedere se la cir-

costanza della concorrenza del mallevadore all' atto di un concordato giudiziale in un giudizio di fallimento, faccia denaturare l' indole della convenzione, e della fidejussione.

La risoluzione di questo primo obietto è tanto più necessaria, in quanto che, dipende dalla sua apprezzazione il vedere, con qual norma debbasi giudicare l' operato della Bertalà per rapporto all' indole della sua obbligazione, se cioè colle norme del Codice di Commercio o colle norme delle leggi civili *et quidem* del Codice Napoleone, vigente fra noi all' epoca del concordato, del quale attualmente noi ci occupiamo.

E certamente che, mentre il Codice di commercio e la giurisprudenza dei Tribunali nostri, hanno considerato il concordato come quell' atto, che mentre serve di miserabile riparo al fallito che và a riabilitarsi, delinea e stabilisce l' obbligazioni che il fallito stesso si assume di fronte ai cre-

ditori suoi, nulla hanno stabilito in proposito del mallevadore, che per avventura garantisca le obbligazioni che il fallito si assume.

A noi non è occorso di trovare monumento, che della mallevadoria prestata in un concordato giodiziale, a favore di un tal fallito, che coi suoi creditori si convenisse, si faccia un contratto *sui generis*, il perchè abbiamo dovuto concludere che resti, il concordato giudiziale, regolato dalle disposizioni del Codice di Commercio art. 519. e seg.; e la fidejussione come contratto unilaterale di stretto *jus*, regolata e diretta dalle disposizioni della Legge Civile, *et quidem* presso di noi dal Codice Civile Napoleone, art. 2011 e seguenti.

E di vero come nel il concordato, è una transazione che si fà fra debitore e creditori, poteva esservi per parte di alcuno di quest' ultimi un irragionevole rifiuto, giusto era che la Legge di commercio

per una speciale equità con cui talvolta sia opportuno soccorrere un disgraziato fallito, sorgesse ad imporre il suo precetto, e date certe circostanze ne imponesse anche a chi capricciosamente si rifiutasse di commiserare alla disgrazia; ma nel caso in cui perfezionato l' atto di concordato ed accettate in massima le promesse del fallito, intercede un garante, il fatto di quest' ultimo come accessorio alla obbligazione del fallito, non assume i caratteri dell' obbligazione principale tranne che all' effetto del pagamento, e quindi rimane regolabile dalle norme che influenzano le convenzioni civili.

Se dunque ciò é vero, come a noi ne sembra indubitato, vediamo ora, se gl' effetti della malleveadoria emessa dalla Bertalà sono indistintamente da invocarsi da tutti i creditori, sia che fossero presenti ed accettassero il concordato Barsanti, sia che presenti non fossero, ed oggi debbano ec-

cettalo, per l' effetto della sua omologazione.

Noi non ci dissimuliamo, ed anzi lealmente vogliamo affermare per i primi, che la formula di obbligazione della Bertalà è incondizionata; dopo l'offerta 6 per cento fatta dal Barsanti ai suoi creditori, accede puramente e semplicemente e promette pagamento di questo sei per cento nel termine di un mese dal dì della omologazione; questo fatto è vero ed innegabile, ma è altresì vero ed innegabile del pari, che essa accedeva all'obbligazione principale del marito, alle richiesta dei creditori che volevano esser maggiormente garantiti, vi accedeva perchè questi, pagati che fossero, cedevano a lei le loro azioni e ragioni esperibili contro chiunque obbligato, dunque, l' intervento della Bertalà era eccitato dai precanti, era dai presenti assicurato, colla cessione delle loro ragioni, ne varrebbe l' osservare che la

cessione di regione è consequenziale al fatto del pagamento, porchè potrebbe sempre e quest' obietto rispondersi, che potevano i creditori non eccettare, o comunque fare nel termine legale opposizione alla concordia, ed in questo caso l'obbligazione della Bertolè sarebbe stata senza effetto, dette pure l'ipotesi che verso loro tacitamente emessa l' avesse.

È puntuale su questo proposito l' autorità del Teulet e D' Auvilliers in 'commento alla Legge Francese che parla appunto della natura e dell' estenzione delle fidejussioni. Essi dicono — ivi — N. 10 En Matiere commerciale méme, oú le prouve testimoniale est admise pour etablir toute convention, cette prouve ne devra pas étre reçue lors qu' il s'agira d' un cautionement par cette raison decisive, que le contrat de cautionemen méme, allors qu' il si applique á une affaire de commerce n' a pas par lui méme un caratere commercial;

il conserve sa nature d' acte purement civil. Nous verrons même que l' une des questions les plus controverses est de savois, si un tribunal de commerce, comme juge d' exception peut á quelque titre que ce soit connaître d' une contestation relative a un' simple contrat de cauctionnemen.

L' atto di mallevadoria, o, meglio la obbligazione emessa dalla Bertalà è dunque una convenzione regolata dalle leggi civili, vediamo ora la portata di questa sua obbligazione, e l' estensione degl'effetti che ne derivano.

Incominciando dall'art. 2015. del Codice Civile, noi troviamo stabilito il principio, che altronde è testuale e scaturisce dalla Leg. 9. Cod. *de Fidejussoribus et mandatoribus* che — ivi — la fidejussione non si » presume, deve essere espressa, e non » può estendersi oltre i limiti nei quali » fu contratta.

Digitized by Google

La Bertalà nell' atto di obbligarsi avea davanti a sè quei creditori che comparvero al concordato, e che intanto accettavano l'offerta del Barsanti in quanto siffatta offerta fosse garantita dalla Bertalà, la sua mal'evadoria era da loro imposta come condizione *sine qua non* per l'accettazione delle offerte del fallito, e per la conclusione della concordia; essa aderendo alla loro domanda, verso loro si obbligò; la sua obbligazione vuolsi dunque interpetrare restrittivamente, essa non si sarebbe obbligata se non fosse stata richiesta, e se la sua cauzione non si fosse valuta come condizione *sine qua non* da chi tanto poteva imporre; or siccome la fidejussione non si presume così non è a presumersi che essa abbia voluto estenderla anche a coloro che di tanto non la richiedevano, or siccome la fidejussione dev' essere espressa, non permette interpretazione per relazione ad identicità di casi, or siccome

non può estendersi oltre i limiti nei quali fù contratta, non si può ritenere che essa oltre alle persone che di tanto la richiedevano, intendesse estenderla a chi col non essere intervenuto all' atto di concordia, mostrò di non curare le cose sue, e lasciò che il capriccio altrui piuttosto che la propria volontà regolasse i proprj interessi.

Ne sono qui da invocarsi, gli astratti e generali principj del diritto per i quali sappiamo che il consenso è sempre presunto nelle cose favorevoli, perocchè siffatti principi corrono nelle convenzioni sinallammatiche, non nelle convenzioni unilaterali come la malleveadoria, ove tutto dipende dall' arbitrio di colui che s' obbliga, ne si ha riguardo al vantaggio di colui che riceve il comodo della garanzia — ed anche qui risponde a questi principi l' autorità del Trulet succitato allor

chè commentando l' art. 2011 e seg. ai N.i 26 e 27 insegna —ivi— L'effet du cautionnement doit d' ailleurs être expressement renfermé dans le termes precises par le contrat; et il ne comprend toute la dette en capitaux, interêts et frais, que lorsqu' il est indefini, c' est á-dire lorsque la caution s' est bornée á declarer qu' elle cautionnait la dette sans mettre à son engagement aucune restriction.

Puisque le contrat á aucun égard est sans cause, elle peut y mettre toutes les conditions qu'il lui plait, en sorte qu'elle n'est elle-même obligée que jusqu' á concurrence de ce qu' elle aura déclaré. Le contrat de cautionnement, tel qu' il aura èté défini, exprimè et expliquè dans l' acte même, fera seul la loi de la caution et du créancier.

Nè la Legge e l' autorità di scrittori soltanto, avvalorano il nostro concetto, che anzi, ancha la giurisprudenza dei Tribunali nostri, per avventura si è pronunzia-

la nel senso che noi sosteniamo, e serve aprire il Tesoro del foro Toscano Tom. 7. Decis. 27. Tom. 32. Decis. 47. Tom. 15. Decis. 91; la raccolta delle Decisioni della Rota fiorentina serie del 1800 Vol. 2. Decis. 83 e Vol. 1. Decis. 12. Il Tesoro del foro Ambrosiano Tom. 8. Decis. 26 Tom. 12. Decis 20, la Rota Romana, e *passim* tutti gli scrittori alla materia per rintracciare ampia messe onde convincersi, che la fidejussione è odiosa obbligazione, che non può estendersi nel suo significato, che il creditore a favore del quale è promessa deve a se imputare il danno che gli deriva dal non aver procurato a suo favore una diziona esplicita e chiara, stando a lui d'imporre la Legge ed il tenore della obbligazione al mallevadore, qual mallevadore nel dubbio merita tutto il favore della Legge, non potendosi le sue parole estendere al di là della portata del nesso obbligatorio loro, strettamente parlando,

per la ragione che appunto la mallevadoria è un contratto di stretto gius a quindi di rigorosa interpetrazione.

Or se tanto è vero, il nostro assunto é pienamente accertato dall'autorità della ragione scritta nella Legge, confermato dal voto di tanti autorevoli ed insigni magistrati, che incrollabile diventa; La Bertalà se validamente si obbligava verso i soscrittori della concordia che la ricercavano della sua mallevadoria solidale, e la cedevano le loro azioni, egualmente non s'obbligò verso chi poteadola di tanto ricercare, non si carò di farlo, onde invano pretende oggi valersi di un arma, che colla sua obbligazione la Bertalà non gli dava.

Il Carminati adunque è certamente infondato in ragione tuttavolta con aziona reconvenzionale chiede alla Bertalà il reparto a lui espressamente dalla Bertalà non garantito, si diriga a sua volta verso il Barsanti, che a tutti i creditori per

l' indole dal concordato prometteva il sei per cento, per esigere da lui, riabilitato, il promesso reparto, nessuno gli farà contrasto, ma lasci in pace la Bertalà che con lui non ha nulla di comune, nè verso di lui giammai si obbligò.

E questa ci auguriamo, sarà la pronunzia della Corte di Appello in riparazione della sentenza del Tribunale Civile di Lucca; lo esige giustizia, lo impone equità.

Svolgemmo molto rapidamente le principali questioni che influenzano la causa attuale, queste questioni dilucidano e convincono della ragione dell' appello attuale e dei motivi suoi, la Corte colla superiore dottrina sua, saprà supplire al nostro difetto ed alla brevità del nostro dire in questioni sì gravi e di difficile portata.

Che è quanto ec.

Di studio 15 Decembre 1866.

CARLO AVV. MUNGAI Est.

DOTT. CARLO MAGGIORA Proc.

90. 5. 1090



